

WYROK

z dnia 21 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Naprzód Service sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi, Naprzód Hospital sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi, Naprzód Marketing sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Zespolony im. Jędrzeja Śniadeckiego w Białymstoku

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Medicare Services sp. z o. o. z siedzibą w Olsztynie, WPU sp. z o. o. z siedzibą w Olsztynie, S4H sp. z o. o. z siedzibą w Olsztynie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 879/22 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Naprzód Service sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi, Naprzód Hospital sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi, Naprzód Marketing sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Naprzód Service sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi, Naprzód Hospital sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi, Naprzód Marketing sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący.....

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Zespolony im. Jędrzeja Śniadeckiego w Białymstoku wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest świadczenie usługi utrzymania higieny, wykonania czynności pomocniczych przy pacjencie oraz usługa transportu wewnętrznego w Samodzielnym Publicznym Zakładzie Opieki Zdrowotnej Wojewódzkim Szpitalu Zespolonym im. Jędrzeja Śniadeckiego w Białymstoku przy M. Skłodowskiej-Curie 26, ogłoszonego w suplemencie do dziennika urzędowego Unii Europejskiej w dniu 19 stycznia 2022 r. pod numerem 2022/S 013-029592, sprostowane ogłoszeniem w suplemencie do dziennika urzędowego Unii Europejskiej w dniu 8 lutego 2022 roku pod numerem 2022/S 027-069658, numer referencyjny: DA.ZP.242.57.2021 - pakiet nr 1.

W dniu 18 marca 2022 r. Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Naprzód Service sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi, Naprzód Hospital sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi, Naprzód Marketing sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi powzięli wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Medicare Services sp. z o. o. z siedzibą w Olsztynie, WPU sp. z o. o. z siedzibą w Olsztynie, S4H sp. z o. o. z siedzibą w Olsztynie, zwani dalej „Przystępującym” lub „konsorcjum S4H”.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 28 marca 2022 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

- Czynności wyboru oferty wykonawców konkurencyjnych, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
- zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo iż oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny oraz jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych (wykazu usług, referencji) potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania niezbędnego doświadczenia, pomimo iż przedłożone przez Przystępującego podmiotowe środki dowodowe nie określają wartości usługi obejmującej utrzymanie czystości i transport wewnętrzny, która miała być przedstawiona celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu,
- zaniechania wezwania Przystępującego do wykazania, że WPU spółka z o.o. oraz S4H sp. z o.o. spełniają warunek udziału w postępowaniu, w zakresie posiadania niezbędnego doświadczenia, bowiem zgodnie z oświadczeniem złożonym w trybie art. 117 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp - jako członkowie konsorcjum będą wykonywać części zamówienia, do których odnosi się warunek udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum S4H, pomimo iż oferta tego wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny.

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum S4H, pomimo iż treść tej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ nie zawiera całego należnego podatku VAT od wykonywania usług objętych przedmiotem zamówienia, a nadto pomimo iż Formularz Cenowy, którego wypełnienia wymagał Zamawiający został wypełniony nieprawidłowo, bez uwzględnienia prawidłowego podatku VAT oraz z przekroczeniem uprawnienia do zastosowania zwolnienia od opodatkowania.

3. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu oraz co do której nie zostało wykazane spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania niezbędnego

doświadczenia (zdolność techniczna lub zawodowa).

4. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum S4H do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych (wykazu usług, referencji) potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania niezbędnego doświadczenia, w sytuacji gdy przedłożone przez konsorcjum S4H podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, albowiem nie określają wartości usługi obejmującej „utrzymanie czystości i transport wewnętrzny”, która miała być przedstawiona celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

5. art. 117 ust. 3 i 4 w związku z art. 128 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum S4H do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych (wykazu usług, referencji) dowodzących, że WPU spółka z o.o. oraz spółka S4H sp. z o.o. spełniają warunek udziału w postępowaniu, w zakresie posiadania niezbędnego doświadczenia, bowiem zgodnie z oświadczeniem złożonym w trybie art. 117 ust. 4 Pzp - jako członkowie konsorcjum będą wykonywać części zamówienia, do których odnosi się warunek udziału w postępowaniu (t.j. która wymaga posiadania doświadczenia).

Jednocześnie wnosił o przeprowadzenie dowodów z:

1. faktur VAT nr: FS/000001/2019, FS/000002/2019, FV VAT korekta nr FSKOR/000001/2020 do FS/000001/2020, FS/000002/2020, FS/000003/2020, FS/000004/2020, FS/000005/2020, FS/000006/2020, FS/000007/2020, FS/000008/2020, FS/000010/2020, FA/000781/2019, FA/000835/2019, FS/000046/2020 z korektą nr FKOR/4/2020, FA/000120/2020, FA/000190/2020, FA/000253/2020, FA/000312/2020, FA/000374/2020, FA/000440/2020, FA/000509/2020, FA/000574/2020, FA/000487/2021, FS/000035/2021 - w celu wykazania faktu, że łączna roczna wartość usług utrzymania czystości z usługą transportu wewnątrzszpitalnego (bez czynności pomocniczych przy pacjencie) zrealizowanych przez konsorcjum S4H na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Olsztynie jest mniejsza niż 4.000.000 zł brutto oraz w celu wykazania faktu, że WPU sp. z o.o. nie uzyskała doświadczenia w związku z wykonywaniem tego zamówienia, a S4H sp. z o.o. uzyskała doświadczenie wyłącznie w zakresie usługi utrzymania czystości.

2. kopii odpowiedzi Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Olsztynie na odwołanie z dnia 07.10.2019 r., sygn. akt KIO 1886/19, informacji z wokandy dotycząca sprawy KIO 1886/19, kopia ogłoszenia o zamówieniu i ogłoszenia o udzieleniu zamówienia (dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Usługę sprzątnia, czynności pomocniczych przy pacjencie i transportu wewnętrznego” prowadzonego przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie, ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16.07.2019r, pod numerem 2019/S 135-332890, nr referencyjny: DZPZ/333/12UEPN/2019) wraz z potwierdzeniem podpisu - w celu wykazania faktu, że łączna roczna wartość usług utrzymania czystości z usługą transportu wewnątrzszpitalnego (bez czynności pomocniczych przy pacjencie) zrealizowanych przez konsorcjum S4H na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Olsztynie jest mniejsza niż 4.000.000 zł brutto oraz w celu wykazania faktu, że WPU sp. z o.o. nie uzyskała doświadczenia w związku z wykonywaniem tego zamówienia.

Wobec powyższego zażądał nakazania Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. odrzucenia oferty konsorcjum S4H;
3. względnie: wezwania konsorcjum S4H do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego niezbędnego doświadczenia (wykazu usług oraz referencji), albowiem wykonawca ten nie wykazał, iż wykonał minimum 1 usługę usługi utrzymania czystości w jednostkach ochrony zdrowia wraz z transportem wewnątrzszpitalnym o wartości co najmniej 4 000 000,00 zł brutto (w skali roku);
4. względnie: wezwania konsorcjum S4H do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego niezbędnego doświadczenia (wykazu usług oraz referencji) przez członków konsorcjum: S4H sp. z o.o. i WPU sp. z o.o. stosownie do oświadczenia złożonego w trybie art. 117 ust. 4 Pzp;
5. dokonania ponownej oceny ofert spośród ważnych ofert w postępowaniu i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W odniesieniu do zarzutów nr 1 i 2 Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z rozdziałem 18 pkt 7 SWZ Wykonawcy zobowiązani są złożyć wraz z ofertą następujące oświadczenia i dokumenty:

- 1) Wypełniony Formularz Ofertowy wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 4 do SWZ,
- 2) Wypełniony Formularz Cenowy według wzoru stanowiącego Załącznik nr 3 do SWZ.

Nadto, zauważył, że w Formularzu Cenowym Zamawiający wymagał podania przez wykonawców wartości netto i brutto usług wykonywanych w poszczególnych jednostkach organizacyjnych.

W związku z powyższym zarzucił, że Konsorcjum S4H popełniło błąd w obliczeniu ceny zawartej we wskazanych w odwołaniu pozycjach Formularza Cenowego Budynek nr 8 -

Poradnie specjalistyczne: gabinety lekarskie i zabiegowe, izolatka, brudownik, Poradnie

ginekologiczne, Budynek Nr 8A - Poradnie Specjalistyczne: poradnie, gabinety, EKG, medycyna pracy, Punkt pobrań i krwiodawstwa, brudownik, korytarz, poczekalnia. W przedmiotowym formularzu podane były jednostkowe pozycje wartości netto i brutto.

Dalej, Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdziałem 4 pkt 1 lit. a SWZ: Przedmiotem zamówienia publicznego w Pakiecie nr 1 jest: Kompleksowe sprzątnięcie pomieszczeń SPZOZ Wojewódzkiego Szpitala Zespołowego im. J. Śniadeckiego w Białymstoku, prace pomocnicze przy pacjentach oraz świadczenie usług transportu wewnętrznego. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia Zamawiający zawarł w wymienionych w SWZ załącznikach (str. 3 SWZ).

W załączniku nr 1.6 do SWZ Zamawiający zawarł: Wykaz czynności pomocniczych przy pacjencie (wydzielone z usługi sprzątnięcia wewnątrz szpitala): SOR, w Izbach Przyjęć, Oddziałach i Blokach Operacyjnych i oznaczył enumeratywnie czynności stanowiące pomoc przy pacjencie.

Podniósł również, że Zamawiający wydzielił z przedmiotu zamówienia czynności pomocnicze przy pacjencie. Zamawiający powierzył wykonawcy wykonywanie czynności pomocniczych przy pacjencie wyłącznie w swoich następujących jednostkach: SOR, w

Izbach Przyjęć, Oddziałach i Blokach Operacyjnych. W innych jednostkach Zamawiającego brak jest realizowania przez wykonawcę czynności pomocniczych przy pacjencie.

Zaznaczył również, że za „czynności pomocnicze przy pacjencie” można uznać za „usługi w zakresie opieki medycznej służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia oraz usługi ściśle z nimi związane” - podlegające zwolnieniu od opodatkowania na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18 lub 18a ustawy o VAT.

Według Odwołującego - czynności pomocnicze przy pacjencie należy odróżnić od zwykłej usługi utrzymania czystości, bowiem są to czynności wykonywane w bezpośrednim kontakcie z pacjentami (współpielęgnacja pacjentów) oraz czynności ściśle z nimi związane, a zatem niezbędne do wykonania tych pierwszych.

Przyznał przy tym, że Zamawiający jako gospodarz postępowania, znający najlepiej przedmiot postępowania, prawidłowo wyodrębnił czynności pomocnicze przy pacjencie, które powierza wykonawcom usługi utrzymania czystości.

Odwołujący stanął na stanowisku, że tylko występujące obok usługi utrzymania czystości w szpitalu - usługi pomocnicze przy pacjencie - podlegają zwolnieniu od podatku VAT. Przy braku takich usług - brak jest podstaw do stosowania zwolnienia, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18 i 18a ustawy VAT. Usługi utrzymania czystości wewnątrz szpitala

podlegają opodatkowaniu stawką podstawową VAT 23%. Opodatkowanie stawką podstawową VAT 23% jest zasadą polskiego prawa podatkowego, natomiast zastosowanie stawki obniżonej lub zwolnienia musi wynikać wprost z przepisu prawa i jako wyjątek - nie może być rozszerzane.

Wobec jednoznacznej treści załącznika 1.6 do SWZ - czynności pomocnicze przy pacjencie - zdaniem Odwołującego - nie wchodzą w zakres usług zleconych wykonawcom m.in. w Poradniach - a zatem wszelkie czynności wykonywane w Poradniach podlegają opodatkowaniu wyłącznie stawką podstawową VAT 23%.

Zarzucił, że we wskazanych powyżej pozycjach (czynności wykonywane w Poradniach) konsorcjum S4H nie zastosowało stawki podstawowej VAT 23%, ponieważ w przedstawionych pozycjach - konsorcjum S4H zastosowało minimalny zakres opodatkowania VAT wskazanych usług, praktycznie bliski 0.

Z powyższego wnioskował, że Konsorcjum S4H w sposób nieuprawniony i niezgodny z prawem zaniechało uwzględnienia należnego podatku w cenie usług wykonywanych w Poradniach.

Ponadto, wyjaśnił, że nie we wszystkich pomieszczeniach wchodzących w skład SOR, Izb Przyjęć, Oddziałów i Bloków Operacyjnych wykonywane są czynności pomocnicze przy pacjentach.

W ocenie Odwołującego - usługi wykonywane np. w pomieszczeniach personelu - niezależnie od ich lokalizacji podlegają opodatkowaniu stawką podstawową VAT 23%, bowiem w pomieszczeniach personelu nie wykonuje się żadnych czynności pomocniczych przy pacjentach określonych w załączniku 1.6 do SWZ.

Wskazał, że Konsorcjum S4H nie zastosowało stawki podstawowej VAT 23%, ale inny sposób opodatkowania - w pomieszczeniach personelu zlokalizowanych w:

- Oddział Ortopedyczno-Urazowy,
- Oddział Chorób Wewnętrznych, Diabetologii, Endokrynologii i Reumatologii,
- Oddział Kardiologii odc. A,
- Oddział Intensywnego Nadzoru Kardiologicznego,
- Nr 2,3,4,1C Szpitalny Oddział Ratunkowy,
- Oddział Anestezjologii i Intensywnej Terapii,
- Budynek Nr 12 Neurologia.

Zdaniem Odwołującego - jest to o tyle ewidentne, że konsorcjum S4H zastosowało stawkę podstawową VAT 23 % w pomieszczeniach personelu zlokalizowanych w: Oddział Anestezjologii i Intensywnej Terapii (Covid) odc. A, odc. A1, Oddział Kardiologii odc. A1, Budynek Nr 1, 1C Oddział Urologii Onkologicznej i Ogólnej, Budynek Nr 1,1B Oddział Chirurgii Małoinwazyjnej i Onkologicznej, Oddział Chorób Oczu, Oddział Gastroenterologii, Oddział Otolaryngologii, Blok Operacyjny, Oddział Pediatrii i Neurologii Dziecięcej, Oddział Ginekologii, Oddział Neonatologii z Patologią i Intensywną Terapią, Oddział COVID.

W przekonaniu Odwołującego - błąd w obliczeniu ceny dotyczący poszczególnych cen jednostkowych Formularza Cenowego jest już sam w sobie podstawą do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Wyraził pogląd, że Formularz Cenowy służy do rozliczania stron umowy o udzielenie zamówienia publicznego, a zgodnie z § 6 ust. 5 projektu umowy: „Z zastrzeżeniem ustępu 4 niniejszego paragrafu, zmniejszenie powierzchni objętej usługą skutkować będzie zmniejszeniem wysokości należnego wynagrodzenia Wykonawcy za bieżący miesiąc proporcjonalnie do zgłoszonego zmniejszenia zakresu usługi. W przypadkach związanych z wyłączeniem powierzchni objętej usługą wynagrodzenie zostanie wyliczone proporcjonalnie: wyłączone m² x cena brutto m² / dzień x ilość dni wyłączenia odpowiedniej powierzchni /

strefy czystości (zgodnie z Formularzem ... stanowiącym załącznik nr do niniejszej umowy)”. Błędnie obliczone ceny jednostkowe nie pozwalają na prawidłowe rozliczenie się wykonawcy z Zamawiającym.

Nadmienił, że Zamawiający odrzucił ofertę złożoną przez innego wykonawcę w postępowaniu (oferta nr 2) z powodu „nie wycenienia żadnej pozycji w Formularzu Cenowym”. Zamawiający wskazał, że „Formularz Cenowy stanowi treść oferty. Nie jest dokumentem, który podlega uzupełnieniu oraz Zamawiający nie może zastosować art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ nie dysponuje danymi, którymi mógłby uzupełnić formularz cenowy, a każda taka zmiana prowadziłaby do istotnej zmiany w treści oferty” (vide: wybór oferty najkorzystniejszej z 18.03.2022 r. - informacja o ofertach odrzutowych - w aktach postępowania).

Powyższe wskazuje - zdaniem Odwołującego - na znaczenie powyższego dokumentu dla całego postępowania.

Wywodził, że niezależnie od powyższego zsumowana wartość netto z Formularza Cenowego stanowi cenę netto za wykonanie zamówienia publicznego wskazaną w Formularzu Ofertowym, a zsumowana wartość brutto z Formularza Cenowego stanowi cenę brutto za wykonanie zamówienia publicznego wskazaną w Formularzu Ofertowym.

Zdaniem Odwołującego - w przypadku konsorcjum S4H błędem dotknięte są zarówno ceny jednostkowe w Formularzu Cenowym, jak i cena za wykonanie zamówienia wskazana w Formularzu Ofertowym.

Tym samym - według Odwołującego - oferta zawierająca błąd w obliczeniu ceny musi zostać odrzucona, a w szczególności stosowanie nieprawidłowych stawek podatku VAT i powoływanie się na zwolnienie od opodatkowania co do usług, które są opodatkowane stawką podstawową - stanowi ewidentny błąd w obliczeniu ceny, który nie podlega poprawieniu.

Jednocześnie, wskazał, że zgodnie z rozdziałem 22 pkt 1 SWZ: „Cena oferty brutto ma obejmować wszystkie koszty świadczenia usługi, w tym należny podatek od towarów i usług. Cena brutto ma obejmować wszystkie powierzchnie wykazane w załącznikach do SWZ”.

Z tego względu Odwołujący uznał, że oferta, której cena nie obejmuje należnego podatku od towarów i usług, gdyż w stosunku do wielu powierzchni objętych SWZ uwzględnia podatek VAT w minimalnej wysokości - pomimo, iż powinna uwzględniać podatek VAT według stawki podstawowej 23% - jest ofertą niezgodną z warunkami zamówienia.

Nadto, podniósł, że zgodnie z rozdziałem 18 pkt 7 SWZ Wykonawcy zobowiązani byli złożyć wraz z ofertą Wypełniony Formularz Cenowy według wzoru stanowiącego Załącznik nr 3 do SWZ, podczas gdy Konsorcjum S4H złożyło Formularz Cenowy wypełniony nieprawidłowo - bez uwzględnienia należnego podatku VAT oraz z przekroczeniem uprawnienia do zastosowania zwolnienia od opodatkowania. W tej sytuacji oferta konsorcjum

S4H jest niezgodna z warunkami zamówienia i podlegała odrzuceniu także na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Nadmienił, że Zamawiający odrzucił ofertę innego wykonawcy w tym postępowaniu (oferta nr 2) z powodu „niewycenienia żadnej pozycji w Formularzu Cenowym” uznając słusznie, że oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia (vide: wybór oferty najkorzystniejszej z 18 marca 2022 r. - informacja o ofertach odrzutowych - w aktach postępowania).

W zakresie zarzutu nr 3 odwołania Odwołujący zwrócił uwagę, że w Sekcji III ogłoszenia o zamówieniu (pkt 1.3 ppkt 1) oraz w rozdziale XI SWZ (ust. 2 pkt 4) Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej: 1) Pakiet nr 1: Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, minimum 1 usługę utrzymania czystości w jednostkach ochrony zdrowia wraz z transportem wewnątrzszpitalnym o wartości co najmniej 4 000 000,00 zł brutto (w skali roku). W przypadku usługi wykonywanej aktualnie, wykonana część usługi musi mieć wartość nie mniejszą niż 4 000 000,00 zł.

Dodatkowo, wyjaśnił, że w celu wykazania spełnienia tego warunku Zamawiający przewidział w Rozdziale 13 ust. 2 ppkt 1 lit. b) SWZ konieczność złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu usług (wg wzoru na Załączniku nr 10 do SWZ) wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Według Odwołującego - przedstawiony przez konsorcjum S4H wykaz usług oraz referencje nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Podniósł przy tym, że Konsorcjum S4H w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu przedłożyło wykaz usług, w którym wskazało usługę kompleksowego utrzymania czystości w obiektach Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Olsztynie, obejmującą trzy różne usługi: usługę sprzątnięcia, czynności pomocnicze przy pacjencie i transport wewnętrzny, o łącznej wartości 13.085.373,30 zł w okresie od dnia 1.11.2019 do 31.12.2021 r.

Z powyższego wnioskował, że Konsorcjum S4H nie wykazało usługi obejmującej usługę utrzymania czystości wraz z transportem wewnątrzszpitalnym o rocznej wartości minimum 4.000.000 zł brutto.

W związku z tym stwierdził, że przedstawiony wykaz usług i referencji nie daje w ogóle informacji na temat wartości usługi utrzymania czystości i transportu wewnątrzszpitalnego. To, że konsorcjum S4H podało wartość dla trzech usług, nie potwierdza warunku udziału w postępowaniu - gdyż Zamawiający, wymagał aby to usługa utrzymania czystości wraz z transportem wewnątrzszpitalnym przedstawiała wymaganą wartość.

W opinii Odwołującego - Konsorcjum S4H nie wykazało, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, a ciężar wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu spoczywa wyłącznie na wykonawcy.

Podkreślił, że skoro Zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ warunek udziału w postępowaniu, to jest bezwzględnie zobligowany do zbadania, czy wykonawca określone przez niego warunki spełnia oraz czy wykazał to w sposób określony przez Zamawiającego w SWZ.

Zdaniem Odwołującego - konsorcjum S4H nie wykazało wartości usługi utrzymania czystości wraz z transportem wewnątrzszpitalnym, a wykazywana przez konsorcjum S4H usługa nie potwierdza spełnienia warunku w postępowaniu, bowiem zgodnie z wystawionymi przez S4H sp. z o.o. i Medical Services sp. z o.o. obrazującymi wartość usługi wykonywanej przez te podmioty na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Olsztynie: usługi utrzymania czystości stanowią jedynie ok. 23% wartości zamówienia. Pozostałe 77% wartości tego zamówienia stanowią usługi: czynności pomocnicze przy pacjentach, transportu wewnątrz szpitala, transport pacjentów oraz pomoc przy transporcie pacjentów.

Wskazał, że przykładowo z faktury VAT nr FA/000487/2021 wystawionej w dniu 30.09.2021 r. przez S4H sp. z o.o. tytułem usług utrzymania czystości wynika, że wartość tej usługi we wrześniu 2021 roku wyniosła 121.580,17 złotych brutto. Tymczasem z faktury VAT nr FS/000035/2021 wystawionej przez Medicare Services sp. z o.o. w dniu 30.09.2021 r. tytułem czynności pomocniczych przy pacjencie, transportu wewnątrz szpitala, transportu pacjentów oraz pomocy przy transporcie pacjentów wynika, że wartość tych usług wyniosła we wrześniu 2021 roku 404.570,93 złotych.

Zauważył, że z faktur załączonych do odwołania wynika, że roczna wartość (w 2021 roku) usług pomocniczych przy pacjencie, transportu wewnątrz szpitala, transportu pacjentów oraz pomocy przy transporcie pacjentów wynosi 4.854.851,16 złotych. Z kolei roczna wartość (w 2021 roku) usług utrzymania czystości wynosi 1.458.962,04 złotych. Jeszcze niższa wartość była wartość usług utrzymania czystości realizowanych przez Wykonawcę w okresie od listopada 2019 roku do października 2020 roku.

W ocenie Odwołującego - istotna jest okoliczność, że sam Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie wskazał, że zakres samej usługi transportu wewnątrzszpitalnego (bez czynności pomocniczych przy pacjencie) jest to marginalny procent całej usługi. Cytat ww. Zamawiającego z odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie KIO 1886/19: „Zakres transportu wewnętrznego głównie obejmuje transport odpadów komunalnych i medycznych (śmieci), co stanowi marginalny procent usługi. Odpady zbierane są z poszczególnych komórek organizacyjnych Szpitala przez osoby sprzątające i gromadzone w jednym miejscu. Osoba odpowiedzialna za transport odpadów odbiera je i zapewnia transport do miejsca przejściowego, mieszczącego się w głównym budynku szpitala. Usługa ta prowadzona jest 3x dziennie po 1 godzinie co daje 3 godziny dziennie i wykonują je 2 osoby.”

Przekonywał, że z uwagi na to, że zakres transportu wewnątrzszpitalnego to „marginalny procent”, to tym samym wartość usługi transportu wewnątrzszpitalnego należy określić na procent wartości całego zamówienia.

Argumentował, że biorąc pod uwagę roczną wartość usługi utrzymania czystości w 2021 roku: 1.458.962,04 zł i procent wartości całej usługi jako wartość usługi transportu wewnątrzszpitalnego: $(4.854.851,16 \text{ zł} + 1.458.962,04 \text{ zł}) \times 1\% = 63.138,13 \text{ zł}$, to roczna wartość usługi utrzymania czystości wraz z usługą transportu wewnątrzszpitalnego w roku 2021 wyniosła: 1.522.100,17 zł, a nie wymagane 4.000.000 zł.

Zdaniem Odwołującego - Konsorcjum S4H nie wykazało, aby wskazana w wykazie usługa utrzymania czystości i transportu wewnątrzszpitalnego przedstawiała inną wartość. Byłoby to zresztą sprzeczne z oświadczeniem samego Zamawiającego, który usługę tę zamawiał: Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Olsztynie.

Wobec powyższego Zamawiający winien był wezwać konsorcjum S4H - w trybie art. 128 ust. 1 Pzp - do złożenia lub uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego niezbędnego doświadczenia (wykazu usług oraz referencji), albowiem wykonawca ten nie wykazał, iż wykonał minimum 1 usługę usługi utrzymania czystości w jednostkach ochrony zdrowia wraz z transportem wewnątrzszpitalnym o wartości co najmniej 4.000.000,00 zł brutto (w skali roku). Zaniechanie tej czynności stanowi naruszenie przez Zamawiającego przepisu Pzp.

W odniesieniu do zarzutu nr 4 Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w rozdziale 11 pkt 4 SWZ przewidział warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczący posiadania niezbędnego doświadczenia.

Powołał się na przepis art. 117 ust 4 ustawy Pzp, który stanowi, że w przypadku, o którym mowa w art. 117 ust. 2 i 3 Pzp, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonują poszczególni wykonawcy.

Według Odwołującego - przypadku polegania przez członków konsorcjum na uprawnieniach, doświadczeniu, kwalifikacjach lub wykształceniu członka takiego konsorcjum łączenie zdolności członków konsorcjum nie może następować w sposób dowolny. Liczy się rola, jaką członek grupy odegra przy realizacji zamówienia. Wymagane zdolności powinien posiadać ten z konsorcjantów, który w ramach przyjętego wewnętrznie podziału zadań wyznaczony zostanie do realizowania danej części zamówienia, z którą wiąże się obowiązek posiadania konkretnych uprawnień, doświadczenia, kwalifikacji lub wykształcenia. W przypadku zatem określenia podziału zadań pomiędzy członków konsorcjum, wskazanego w formie oświadczenia w trybie art. 117 ust. 4 Pzp, każdy z członków konsorcjum musi spełniać warunki udziału w postępowaniu w takim zakresie, w jakim następnie będzie realizował zamówienie. Wynika to wprost z art. 117 ust. 2 i 3 Pzp.

Wskazał, że ratio legis art. 117 ust. 4 Pzp jest umożliwienie weryfikacji, czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zaznaczył, że Konsorcjum S4H złożyło w postępowaniu oświadczenie w trybie art. 117 ust. 4 Pzp (załącznik nr 8 do SWZ), zgodnie z którym będzie realizować przedmiot zamówienia w następujący sposób:

- A. Medicare Service sp. z o.o. będzie świadczyć kompleksowe usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia oraz dostawę towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związanych wykonywane w ramach działalności leczniczej przez podmioty lecznicze, w oparciu o opis przedmiotu zamówienia przedstawionym przez Zamawiającego przedstawionym przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania;
- B. WPU sp. z o.o. świadczyć będzie usługi objęte przedmiotem zamówienia;
- C. S4H sp. z o.o. świadczyć będzie usługi porządkowo - czystościowe oraz pozostałe usługi objęte przedmiotem zamówienia.

Wyjaśnił, że Konsorcjum S4H wobec postawienia przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego niezbędnego doświadczenia - powołało się na doświadczenie uzyskane w ramach konsorcjum przy wykonaniu zamówienia publicznego na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Olsztynie.

W związku z tym wyraził przekonanie, że Wykonawca powołujący się na doświadczenie uzyskane w ramach konsorcjum zobowiązany jest wskazać zamawiającemu w postępowaniu, przy których ze wskazanych usług uczestniczył bezpośrednio w wykonaniu, co wynika wprost z § 9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415).

W opinii Odwołującego - koresponduje z tym wymóg złożenia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oświadczenia w przedmiocie podziału zadań między wykonawców w ramach zamówienia z art. 117 ust. 4 Pzp, gdyż, zgodnie z art. 117 ust. 3 Pzp takie ukształtowanie przepisów wynika z tez wyroku TSUE z 4 maja 2017 r.

ws. Esaprojekt (sygn. akt: C-387/12), który przesądził, że zdobyte doświadczenie wykonawcy dotyczy tylko doświadczenia, które uzyskał on przez osobistą realizację zamówienia.

Natomiast, wywodził, że jak wynika z przedłożonych wraz z niniejszym pismem faktur obrazujących sposób wykonywania zamówienia publicznego na rzecz Wojewódzkiego

Szpitala Specjalistycznego w Olsztynie:

A. WPU sp. z o.o. nie wykonywał żadnych usług na rzecz w.w. Szpitala, a zatem nie uzyskał żadnego doświadczenia w tym zakresie. Tym samym nie zostało wykazane, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania niezbędnego doświadczenia - a na rzecz Zamawiającego świadczyć ma usługi objęte przedmiotem zamówienia (a zatem i te, których dotyczy warunek udziału w postępowaniu: utrzymanie czystości i transport wewnętrz szpitalny).

B. S4H sp. z o.o. wykonywał wyłącznie usługi utrzymania czystości na rzecz w.w. Szpitala, a zatem nie uzyskał żadnego doświadczenia w zakresie transportu wewnętrz szpitalnego. Tym samym nie zostało wykazane, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania niezbędnego doświadczenia w zakresie transportu wewnętrz szpitalnego - zaś na rzecz Zamawiającego świadczyć ma usługi porządkowo-czystościowe oraz pozostałe usługi objęte przedmiotem zamówienia (a zatem także transport wewnętrz szpitalny).

Argumentował, że skoro WPU spółka z o.o. świadczyć będzie usługi objęte przedmiotem zamówienia, a S4H sp. z o.o. świadczyć będzie obok usługi porządkowo - czystościowej także pozostałe usługi objęte przedmiotem zamówienia, to konsorcjum S4H powinno wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu postawionego przez Zamawiającego dotyczącego tych obszarów przez w.w. członków konsorcjum.

Podkreślił przy tym, że skoro Zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ warunek udziału w postępowaniu, to jest bezwzględnie zobligowany do zbadania, czy wykonawca określone przez niego warunki spełnia oraz czy wykazał to w sposób określony przez Zamawiającego w SWZ.

Wobec powyższego Zamawiający - według Odwołującego - winien był wezwać konsorcjum S4H - w trybie art. 128 ust. 1 Pzp - do wykazania, że spółka WPU spółka z o.o. oraz spółka S4H sp. z o.o. spełniają warunek udziału w postępowaniu, w zakresie posiadania niezbędnego doświadczenia, bowiem zgodnie z oświadczeniem złożonym w trybie art. 117 ust. 4 Pzp - jako członkowie konsorcjum będą wykonywać części zamówienia, do których odnosi się warunek udziału w postępowaniu.

W dniu 31 marca 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Medicare Services sp. z o. o. z siedzibą w Olsztynie, WPU sp. z o. o. z siedzibą w Olsztynie, S4H sp. z o. o. z siedzibą w Olsztynie, zwani dalej Przystępującym zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 7 kwietnia 2022 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania, oferty Przystępującego i złożonych przez niego podmiotowych środków dowodowych, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 24 stycznia

2021 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 18 marca 2022 r., stanowiska procesowego Przystępującego z dnia 19 kwietnia 2022 r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Przechodząc do rozpoznania odwołania w przedmiotowej sprawie, należy wskazać, że po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.117 ust.3 i 4, art.128 ust.1, art.226 ust.1 pkt 5 i 10 oraz art.239 ust.1 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego z tego powodu, że jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Wymaga wskazania, że punktem wyjścia do sformułowania przez Odwołującego zarzutu wystąpienia w ofercie Przystępującego błędu w obliczeniu ceny lub kosztu był złożony przez Przystępującego formularz cenowy.

W związku z tym Izba ustaliła, że obok obowiązku złożenia przez wykonawców formularza ofertowego mieli oni również przedłożyć wymagany treścią SWZ formularz cenowy.

Izba stwierdziła, że formularz cenowy składany z ofertą miał zawierać opis budynków szpitala wraz konkretnymi lokalizacjami pomieszczeń o określonym przeznaczeniu szpitalnym z podaniem ich powierzchni w m², którym były przyporządkowane dane wartości netto i brutto za świadczone usługi zadeklarowane przez wykonawców.

Dodatkowo, uwadze Izby również nie uszło postanowienie § 6 ust.5 załącznika nr 11 do SWZ Projekt umowy, w którym zostało ustalone znaczenie formularza cenowego mającego jedynie na celu prawidłowe rozliczenie wykonania usługi w warunkach zmniejszenia powierzchni wykonywanej usługi.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba doszła do wniosku, że bezzasadny jest wywód Odwołującego zmierzający do wykazania błędu w obliczeniu stawki podatku VAT, skoro przedmiotowy formularz w ogóle nie wskazywał na obowiązek określenia w nim wysokości stawki podatku VAT.

Taki obowiązek został nałożony na wykonawców dopiero na gruncie formularza ofertowego. Przy czym należy zauważyć, że załącznik nr 4 do SWZ - formularz oferty dawał wykonawcom swobodę do określenia wysokości stawki VAT.

Powyższą okoliczność potwierdzają oświadczenia z pkt 1 tego formularza, gdzie zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący wskazali w taki sam sposób w pozycji dotyczącej podatku VAT: „...zw., 8%, 23%”, co oznacza, że usługa miała charakter mieszany pod względem różnicowania opodatkowania.

W ocenie Izby - przewidziany przez Zamawiającego formularz cenowy, dopuszczający różne wartości podatku VAT nie nakładał na wykonawców obowiązku szczegółowego wyliczenia tej stawki w odniesieniu do wartości netto za wykonanie przedmiotu zamówienia.

W sprawie tej istotne jest, że przedmiotowe usługi mają charakter kompleksowy i pozostają ze sobą w ścisłym związku przedmiotowym, bowiem obok usług sprzątnia będą towarzyszyć im również usługi pomocy przy pacjencie, a także transportu wewnątrzszpitalnego.

Ważne jest również, że Zamawiający w SWZ nie przewidział takiego obowiązku podania przez wykonawców cen, gdzie odrębnie deklarowane byłyby ceny za każdą z usług oddzielnie wraz ze stosowną stawką podatku VAT.

W takim przypadku zatem wykonawcy mogli dokonać wpisania w formularzu ofertowym wartości podatku, obejmującego różne stawki, która stanowiła zsumowanie należnych kwot podatku określonego w oparciu o poszczególne pozycje formularza cenowego.

Ponadto, zdaniem Izby Odwołujący - w swoim odwołaniu w ogóle nie przedstawił jakiegokolwiek wyliczenia matematycznego potwierdzającego błąd w obliczeniu ceny.

Natomiast, Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego o enumeratywnym wymienieniu czynności pomocniczych przy pacjencie w załączniku nr 1.6 do SWZ, bowiem tytuł tego załącznika można również rozumieć jako przykładowe wskazanie miejsc wykonywania usług, wskazano tam również inne czynności pomocnicze wykonywane pod nadzorem i na polecenie personelu medycznego.

Takie szerokie znaczenie pojęcia pomocy przy pacjencie można wywieść również z treści § 3 pkt 4 załącznika nr 11 do SWZ Projekt umowy, który stanowi, że do obowiązków wykonawcy należy także zapewnienie wykonywania poleceń wydawanych przez personel zamawiającego, przez osoby wykonujące usługi.

Wobec powyższego Przystępujący miał dostateczne podstawy do uznania, że będzie zobowiązany do wykonywania również czynności pomocniczych przy pacjencie na terenie całego szpitala, a wobec tego mógł on w tym zakresie przedmiotowym przewidywać zwolnienie z podatku VAT.

W pozostałym zakresie Izba uznała, że Przystępujący, gdzie jeden z konsorcjantów jest podmiotem świadczącym usługi w zakresie opieki medycznej realizując „transport wewnątrzszpitalny”, mógł skorzystać z dobrodziejstwa zwolnienia podatkowego.

Powyższe zapatrywanie Izby - potwierdza Interpretacja Ogólna nr PT1.8101.5.2017.PSG.622 Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 29 grudnia 2017 r.

Należało również przyjąć, że usługa transportu wewnątrzszpitalnego polega również na przemieszczaniu wszelkich odpadów szpitalnych, w tym z posprzątnych poradni, gabinetów lekarskich czy pomieszczeń personelu świadczącego na rzecz pacjentów, co potwierdza, że również w tym zakresie Przystępujący będzie mógł skorzystać ze zwolnienia podatkowego.

Na podkreślenie zasługuje również, że wskazana wyżej interpretacja prawopodatkowa przyjmuje nawet czynności administracyjne za związane z opieką medyczną jako uzasadniające zwolnienie podatkowe.

Reasumując, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający nie miał dostatecznej podstawy prawnej do skorzystania z przepisu art.226 ust.1 pkt 10 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Konsekwencją uznania, że oferta Przystępującego nie zawiera błędu w obliczeniu ceny jest stanowisko Izby przyjmujące jej kompletność w zakresie wszystkich kosztów niezbędnych do wykonania usługi, to jest zgodność tej oferty z pkt 1 rozdziału 22 SWZ.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający nie mógł skorzystać z dyspozycji przepisu art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, w myśl którego Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odnosząc się zarzutu zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych (wykazu usług, referencji) potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania niezbędnego doświadczenia Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 4 ust. 2 rozdziału XI SWZ Zamawiający uregulował warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej postanawiając w zakresie Pakietu nr 1: Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, minimum 1 usługę usługi utrzymania czystości w jednostkach ochrony zdrowia wraz z transportem wewnątrzszpitalnym o wartości co najmniej 4 000 000,00 zł brutto (w skali roku). W przypadku usługi wykonywanej aktualnie, wykonana część usługi musi mieć wartość nie mniejszą niż 4 000 000,00 zł.

W wykonaniu powyższego warunku udziału w postępowaniu i wezwania Zamawiającego z dnia 1 marca 2022 r. Przystępujący złożył wymagany przez Zamawiającego wykaz usług według wzoru stanowiącego załącznik nr 10 do SWZ wraz z poświadczeniem należytego wykonania umowy z dnia 7 lutego 2022 r. wydanego przez

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie, które stanowiły podmiotowe środki

dowodowe.

Z przedłożonego poświadczenia wynikało, że w okresie od 1.11.2019 r. do 31.12.2021 r. dwóch obecnych konsorcjantów Przystępującego: Medicare Services sp. z o. o. z siedzibą w Olsztynie oraz S4H sp. z o. o. z siedzibą w Olsztynie świadczyło usługi sprzątnia, czynności pomocniczych przy pacjencie, pomocy przy transporcie pacjentów, transportu wewnętrznego, które były wykonane należycie, a umowa jest nadal realizowana i będzie wykonywana do dnia 31.10.2022 r. Wartość wykonanych już usług w okresie od 1.11.2019 r. do 31.12.2021 r. wyniosła 13 085 375, 30 zł brutto.

Według zapatrywania Izby - powyższy warunek został przez Przystępującego udowodniony za pomocą wyżej wskazanych podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu usług i załączonego do nich poświadczenia należytego wykonania umowy.

Wymaga wskazania, że uruchomienie dyspozycji przepisu art.128 ust.1 ustawy Pzp może nastąpić w ściśle określonych okolicznościach.

Stosownie do brzmienia powołanego wyżej przepisu jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

W przedmiotowej sprawie bezspornym jest, że wymagane oświadczenia, podmiotowe

środki dowodowe i inne dokumenty zostały przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego złożone.

Odwołujący nie udowodnił również, że zarówno złożony przez Przystępującego wykaz, jak również poświadczenie wystawione przez podmiot trzeci (inny szpital) stanowiące podmiotowe środki dowodowe są niekompletne.

Na gruncie obowiązującego prawa nie ma przepisu określającego ściśle jakie elementy ma zawierać referencja czy potwierdzenie należytego wykonania umowy.

Wobec czego żaden podmiot trzeci, w tym przypadku inny szpital nie będzie zobowiązany do takiego sformułowania dokumentów referencyjnych, jak tego oczekuje inny zamawiający bądź podmiot konkurencyjny zmierzający do eliminacji innego wykonawcy, z którym ma sprzeczne interesy.

Ostatecznie, Odwołujący również nie wykazał, że sporne dokumenty zawierają błędy. W ocenie Izby - nie ma żadnych podstaw do uznania, że informacje przekazane przez Szpital w Olsztynie są nieprawdziwe i zawierają wady.

Załączone przez Odwołującego do odwołania faktury w żaden sposób nie wykazały okoliczności niekompletności i błędów w oświadczeniu szpitala w Olsztynie, a tylko w takich sytuacjach dopuszczalne byłoby wezwanie Przystępującego odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

Z tych powodów Izba nie mogła uznać zgłoszonego zarzutu odwołania w tym zakresie za uzasadniony.

Nie jest wreszcie trafny zarzut Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego art. 117 ust. 3 i 4 w związku z art. 128 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych (wykazu usług, referencji) rzekomo dowodzących, że WPU spółka z o.o. oraz spółka S4H sp. z o.o. nie spełniają warunku udziału w postępowaniu, w zakresie posiadania niezbędnego doświadczenia, z tych samych przyczyn, które zostały wyżej omówione.

Nadto, Izba uznała wywód Odwołującego w odniesieniu do powyższego zarzutu za noszący w sobie znamiona ad absurdum, biorąc pod uwagę ściśle powiązania osobowe władz wszystkich trzech konsorcjantów.

W takiej sytuacji aktualizuje się teza z wyroku TSUE z dnia 4 maja 2017 r. ws. Esaprojekt (sygn. Akt C-387/21), na który zresztą powołał się Odwołujący, że zdobyte doświadczenie dotyczy osobistej realizacji zamówienia.

Wymaga przy tym wskazania, że zgodnie z art.117 ust.1 ustawy Pzp Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.

Powyższy przepis w sposób oczywisty stanowi dyrektywę interpretacyjną wymaganych warunków udziału w postępowaniu. Wszelkie warunki udziału w postępowaniu należy odczytywać w sposób zobiektywizowany przy uwzględnieniu charakteru zamówienia i biorąc pod uwagę proporcjonalność badanego warunku.

W przekonaniu Izby - Przystępujący wykazał się posiadaniem zdolności zawodowej poprzez realizację powołanego wyżej zamówienia na rzecz szpitala w Olsztynie, a jego potencjał w tym zakresie może zapewnić prawidłowe wykonanie przedmiotowego

zamówienia.

Konsekwencją powyższego stanowiska prezentowanego przez Izbę jest konieczność uznania, że Zamawiający działał w granicach przepisu art. 239 ust.1 ustawy Pzp wybierając najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

Przewodniczący:.....